

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le devoir de secours entre époux pendant l'instance en divorce

Fierens, Jacques

Published in:
Divorce et aliments

Publication date:
2013

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 2013, Le devoir de secours entre époux pendant l'instance en divorce. Dans *Divorce et aliments: actes du XIIe colloque de l'Association "Famille & droit", Liège, 10 février 2012*. Famille et Droit, VOL. 3, Bruylant, Bruxelles, p. 53-67.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LE DEVOIR DE SECOURS ENTRE EPOUX PENDANT L'INSTANCE EN DIVORCE

PAR

JACQUES FIERENS

PROFESSEUR EXTRAORDINAIRE À L'UNIVERSITÉ DE NAMUR, PROFESSEUR À L'ULG,

AVOCAT

A. — LA NATURE ET LE CONTENU DU DEVOIR DE SECOURS ET DU DEVOIR DE CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MARIAGE

1. Le régime des aliments éventuellement exigibles par un époux à charge de l'autre pendant la procédure en divorce, tout comme les réponses légales et jurisprudentielles, peuvent être plus facilement compris si l'on rappelle la nature du secours et de la contribution aux charges du mariage que les époux se doivent l'un à l'autre.

2. Les obligations des articles 213 et 221, alinéa 1^{er}, du Code civil s'exécutent en principe, durant la vie commune, en nature et au lieu de la résidence conjugale. Ils sont donc liés au devoir de cohabitation et davantage encore au fait de la vie commune. Le devoir de secours est classiquement envisagé comme relevant de la sphère alimentaire, matérielle. La contribution aux charges du mariage comporte l'investissement personnel dans la vie de la famille, la participation aux tâches domestiques, et la participation financière aux dépenses du foyer. La différence entre la mise en œuvre de l'article 213 et de l'article 221, alinéa 1^{er}, du Code civil est en pratique floue quand il s'agit des relations entre époux.

3. Ces obligations demeurent tant que dure le mariage, c'est-à-dire jusqu'au décès d'un époux ou jusqu'à ce que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit coulé en force de chose jugée.

4. La « provision alimentaire » (103) ou la pension alimentaire entre époux due pendant la procédure de divorce constitue une

(103) C'est l'ancien article 268 du Code civil qui parlait de « provision alimentaire ». L'article 1281 du Code judiciaire utilise encore cette expression, répandue dans la pratique.

véritable novation du devoir de secours et du devoir de contribution aux charges du mariage, par changement d'objet (104). L'obligation est novée parce qu'elle se délie du devoir de cohabitation et ne peut plus être exécutée en nature. Elle est exigible, le cas échéant, par équivalent. Elle revêt un caractère strictement pécuniaire (105), à quelques exceptions près comme la jouissance d'une résidence, qui peut être attribuée provisoirement au titre du devoir de secours.

5. La période concernée par ces obligations novées de secours et de contribution aux charges du mariage est devenue souvent courte, puisqu'elle commence avec la cessation de la cohabitation et se termine avec la procédure de divorce. Celle-ci, qu'il s'agisse de divorce par consentement mutuel ou de divorce après désunion irrémédiable (106), a été raccourcie, on le sait, par les réformes législatives récentes.

B. — LA NOVATION DU DEVOIR DE SECOURS DANS LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

6. Les voies d'obtention d'une pension alimentaire au profit d'un époux en instance de divorce et son montant varient évidemment selon le type de divorce envisagé. S'il s'agit d'une procédure de divorce par consentement mutuel (107), elle fera éventuellement l'objet d'un engagement contractuel dans les conventions préalables relatives aux effets personnels du divorce. La « pension » alimentaire — telle est cette fois la dénomination de la loi — due entre époux pendant le temps des épreuves est facultative.

L'article 1280 du Code judiciaire a remplacé l'article 268 du Code civil et évoque les « aliments ». Ceux-ci font parties des « rentes » alimentaires du droit fiscal.

(104) F. RIGAUX, *Droit des personnes*, t. I, Les relations familiales, Bruxelles, Larcier, 1971, n° 1601.

(105) La provision *ad litem*, devenue rare, constitue elle aussi la mise en œuvre novée et pécuniaire du devoir de secours (voy. Cass., 30 avril 1964, *Pas.*, I, p. 928).

(106) L'expression « divorce pour cause de désunion irrémédiable », utilisée par l'article 1254 Code judiciaire, semble impropre, la désunion n'étant logiquement pas davantage la cause du divorce que son effet, ou le divorce lui-même. Voy. J. FIERENS, « La place de la faute dans le divorce ou le syndrome Lucky Luke », in *Droit de la famille*, Collection Recyclage en droit, n° 2, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007, p. 9, note 14.

(107) L'utilité du maintien de la procédure de divorce par consentement mutuel, que la réforme qui a abouti en 2007 voulait initialement supprimer, demeure sujette à controverses. Un accord complet sur le fond et les conséquences de la désunion peut être entériné judiciairement par le tribunal de première instance, saisi sur la base de l'article 229 du Code civil, dès l'audience d'introduction le cas échéant, de sorte qu'existent deux divorces par consentement mutuel en Belgique. La véritable différence entre les deux procédures amiables, qui explique peut-être le maintien de la plus ancienne, est que les notaires peuvent intervenir dans le divorce par consentement mutuel, mais pas dans le divorce après désunion irrémédiable.

L'article 1288, alinéa 1^{er}, 4^o, du Code judiciaire porte en effet que les époux sont tenus de constater par écrit leur convention visant le montant de l'éventuelle pension à payer par l'un des époux à l'autre pendant les épreuves et après le divorce, la formule de son éventuelle adaptation au coût de la vie, les circonstances dans lesquelles et les modalités selon lesquelles ce montant pourra être révisé après le divorce.

7. Les époux décident librement de l'existence de cette pension mais aussi de son montant et des modalités de son paiement, à tel point que l'on peut s'interroger sur les liens qui existent encore entre elle et le régime primaire du mariage. Sans doute son fondement juridique exclusif devient-il l'article 1134 du Code civil.

8. Le texte du Code judiciaire, dans sa version modifiée par la loi du 30 juin 1994, impose néanmoins aux époux de régler le régime juridique de cette pension contractuelle, si elle est convenue, à propos de l'indexation et de la « révisabilité ». La loi vise en pratique surtout la pension après divorce, elle aussi conventionnelle, mais cette obligation de précision vaut aussi pour la pension convenue pour le temps des épreuves.

9. Autrefois proscrite en cours de procédure, la modification volontaire des conventions préalables en cours d'instance est aujourd'hui admise. L'article 1293, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire prévoit cette possibilité lorsque les époux font état de circonstances nouvelles et imprévisibles, modifiant gravement leur situation ou celle de leurs enfants, et qu'ils sont à même de prouver. Cette disposition vise à nouveau d'abord les conventions relatives aux enfants, mais il n'y a pas d'argument de texte qui empêcherait son application à la pension alimentaire décidée entre époux pour la période de procédure de divorce.

10. Aucune règle ne détermine le calcul de cette pension éventuelle. Le critère du niveau de vie qui serait celui des époux s'il n'y avait pas eu séparation (*infra*, pour le cas du divorce après désunion irrémédiable) n'est pas d'ordre public. Ni le procureur du Roi, ni le tribunal statuant sur le divorce par consentement mutuel n'exercent de contrôle. Les conventions préalables, en tant qu'elles prévoient les effets du divorce entre époux, ne sont pas soumises à l'homologation du tribunal lors de la prononciation du divorce.

11. Quant à la forme, les époux sont libres de prévoir cette clause dans un écrit sous seing privé ou de lui conférer la forme

authentique. Le choix de cette dernière confèrera néanmoins force exécutoire à la convention.

12. En cas d'abandon de la procédure de divorce par consentement mutuel, en application de l'article 1294bis, § 2, du Code judiciaire, les conventions relatives à la pension due entre époux pendant les épreuves, comme l'ensemble des conventions préalables au demeurant, lient les parties à titre provisoire en attendant que, dans le cadre d'un divorce après désunion irrémédiable, un nouvel accord ait été homologué par le tribunal de première instance ou qu'il ait été statué sur cette question par le président du tribunal. Si les conventions concernées ont été reçues en la forme authentique, elles constituent un titre exécutoire. S'il s'agit de conventions sous seing privé, le juge des référés les nantira de force exécutoire sur la simple demande d'un des époux, sans préjudice des mesures qu'il ordonnera ultérieurement (108).

C. — LA NOVATION DU DEVOIR DE SECOURS DANS LE DIVORCE APRÈS DÉSUNION IRRÉMÉDIABLE

13. Qu'en est-il de la novation du devoir de secours et de contribution aux charges du mariage dans le cas d'une procédure contentieuse en divorce ? Le devoir de cohabitation auquel sont en principe liées, comme on l'a rappelé, les obligations prévues aux articles 213 et 221, alinéa 1^{er}, du Code civil, est en effet suspendu. Cette règle qui n'est plus écrite *expressis verbis* dans la loi vient de l'application de l'ancien article 268 du Code civil qui prévoyait que la femme pouvait « quitter le domicile du mari pendant la poursuite » et que le tribunal indiquerait « la maison dans laquelle la femme [serait] tenue de résider ». Le juge des référés, aujourd'hui encore, autorise souvent les résidences séparées en même temps qu'il statue sur la demande de pension alimentaire, après introduction d'une action en divorce après désunion irrémédiable (109).

(108) On s'interroge sur la question de savoir si les parties peuvent conventionnellement exclure cette survivance provisoire des conventions préalables en cas d'échec de la procédure. La réponse est incertaine. On peut considérer que l'effet provisoire des conventions imposé à l'article 1294bis, § 2, du Code judiciaire constitue une règle protectrice des époux, dont ils ne peuvent se priver avant qu'elle n'ait vocation à s'appliquer ; la thèse inverse pourrait également être soutenue au nom de la liberté contractuelle des parties, principe cardinal du divorce par consentement mutuel. Elles doivent pouvoir décider non seulement du contenu de leurs conventions, mais également de la portée qu'elles entendent leur donner.

(109) En pure théorie, le président du tribunal pourrait refuser d'autoriser les résidences séparées, ce qui ne se passe jamais, fort heureusement, dans la pratique, et poserait question au regard de l'intention récente d'instaurer un « droit au divorce ».

14. Dans le cadre d'une procédure de divorce après désunion irrémédiable, l'obtention d'une pension alimentaire à charge du conjoint peut résulter soit d'un accord, soit d'une décision judiciaire. La pension peut être demandée, avec d'autres mesures provisoires, dans l'acte introductif de l'instance au fond. C'est l'hypothèse de la requête ou de la citation « à double détente ». L'article 1254, § 1^{er}, alinéa 6, du Code judiciaire, lu en combinaison avec l'article 1256, permet « à tout moment » l'homologation des accords relatifs à la personne, aux aliments et aux biens des époux ou de leurs enfants. L'insertion des mots « à tout moment » laisse entendre qu'un accord peut être soumis au juge du fond même si le juge des référés est saisi (110).

15. Un accord peut aussi être proposé si les mesures concernées n'ont pas été sollicitées dans l'acte introductif d'instance (111). Ce n'est qu'à défaut d'accord que la cause est renvoyée, à la demande d'une des parties, à la première audience utile des référés.

16. Le demandeur en divorce peut aussi avoir souhaité que la demande de provision alimentaire soit immédiatement introduite en référé, par citation. C'est l'hypothèse de la citation en divorce « à double date » (article 1254, § 1^{er}, alinéa 6, du Code judiciaire). Rien n'empêche évidemment un accord devant le président du tribunal. A défaut, la provision alimentaire sera déterminée par celui-ci ou par le juge qui en exerce les fonctions, statuant en référé (112).

D. — LA PÉRIODE DE COMPÉTENCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

17. Le président du tribunal de première instance est compétent dès l'introduction de la demande en divorce, c'est-à-dire de la mise au rôle.

18. Une pension alimentaire entre époux peut cependant avoir été décidée par le juge de paix saisi antérieurement sur la base de l'article 223 de Code civil. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que les mesures provisoires ordonnées par le magistrat

(110) *Ibid.*, n° 10.

(111) En ce sens, M. DEMARET, « Les mesures provisoires : beaucoup de bruit pour pas grand-chose ? », in Y.-H. LELEU et D. PIRE (dir.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Actes du colloque tenu à l'ULg, le 14 juin 2007, Bruxelles, Larcier, 2007, n° 9 et la doctrine citée.

(112) Plus exactement, le président siège comme en référé, puisqu'il s'agit pour lui de rendre une décision définitive sur les mesures provisoires, mais pas une décision provisoire en attendant qu'un autre juge rende une décision au fond.

cantonal demeurent exécutoires, nonobstant l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, jusqu'à la décision du tribunal ou du président du tribunal statuant en référé, à moins bien sûr que ces mesures n'aient pris fin par l'expiration de la durée que le juge de paix avait déterminée (113). Cette jurisprudence tend à empêcher qu'une partie provoque la cessation des mesures provisoires décidées par le magistrat cantonal entre, d'une part, le moment où une demande en divorce est formée et auquel le tribunal de première instance ou le président du tribunal deviennent compétents, d'autre part le moment où de nouvelles mesures provisoires sont prises au cours de la procédure en divorce. Ces problèmes d'articulation de compétences pourraient être résolus lors de la mise en place du tribunal de la famille et de la jeunesse.

19. Rien n'empêche un époux de solliciter après l'introduction de la demande en divorce une pension alimentaire pour une période antérieure à celle-ci. Si le juge de paix avait statué sur la question, le président du tribunal peut aussi ordonner des mesures qui rétroagissent à la date de la citation. Les mesures ordonnées par le juge de paix deviennent alors caduques (114).

20. On sait aussi qu'en application de l'article 1280, alinéa 9, du Code judiciaire, le président du tribunal ou le juge qui en exerce les fonctions reste saisi jusqu'à la dissolution du mariage durant toute la durée de la procédure en divorce. Il est donc possible de ramener devant lui la question de la pension alimentaire due entre époux par simple dépôt de conclusions. On l'a dit, la portée pratique de cette possibilité est limitée au vu des délais relativement courts de la procédure au fond.

21. La brièveté de ces délais conjuguée à la combativité de certains époux ou ex-époux, font que la décision statuant sur la pension alimentaire due pendant l'instance peut intervenir plusieurs semaines, voire plusieurs mois après le jugement prononçant le divorce, spécialement si un appel a été interjeté contre une décision du président du tribunal.

22. La compétence de celui-ci prendra fin avec le mariage, même si une demande reconventionnelle en divorce est encore pendante.

E. — LA DÉTERMINATION DU MONTANT DE LA PENSION ALIMENTAIRE

23. L'importance des secours ou de la contribution aux charges du mariage, pendant la vie commune, est déterminée par le droit de chaque époux d'adopter et de conserver le niveau de vie du plus aisé d'entre eux. Le critère n'est en aucun cas le besoin au sens du droit commun des obligations alimentaires.

24. Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a décidé que la contribution aux charges du mariage n'implique pas un partage égal des revenus cumulés des époux (115). En effet, en application de l'article 217 du Code civil, si chaque époux doit affecter par priorité aux charges du mariage les revenus qu'il perçoit, le surplus peut être utilisé pour les acquisitions justifiées par l'exercice de sa profession et l'excédent est soumis aux règles du régime matrimonial adopté. Autrement dit, le niveau de vie adopté par les époux doit être atteint en proportion des revenus de chacun, mais il peut exister d'autres affectations de ceux-ci, dont un surplus qui demeurera éventuellement propre si telle est la conséquence du régime matrimonial. En d'autres mots encore, l'importance des revenus respectifs du créancier et du débiteur n'est déterminante que dans un second temps, le premier consistant à vérifier quel était le niveau de vie choisi. Durant la cohabitation, le droit de chaque époux est de maintenir le niveau de vie effectif et non le niveau de vie possible dans une autre utilisation légale des revenus de chacun. Du point de vue de l'équité, si les époux avaient choisi de dépenser en-dessous de leurs moyens, il n'y a pas de raison que la séparation devienne une sorte de bonne affaire pour le créancier d'une pension fondée sur le droit au secours. Du point de vue pratique, il est en outre évidemment plus aisé de prouver un niveau de vie réel qu'un niveau de vie hypothétique.

25. Ainsi se pose notamment le problème de la prise en compte de l'épargne réalisée par un époux. La constitution de cette épargne

(113) Récemment, Cass., 20 février 2006, *Pas.*, 2006, p. 405 ; *Rev. tr. dr. fam.*, 2008, p. 809 ; *E.J.*, 2006, 35, note P. SENAËVE ; *R.A.B.G.*, 2006, p. 1228, note M. GOVAERTS, *R.G.D.C.*, 2007, p. 40, note G. CLOSSET-MARCHAL ; Cass., 22 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, 272.

(114) Cass., 20 février 2006, cité.

(115) Cass., 26 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1025 ; Cass., 9 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1030, note N. DANDOY ; Cass., 25 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1079 ; Cass., 25 janvier 2007, *Div. Act.*, 2007, p. 74, note N. GALLUS. Par voie de conséquence, il est inexact de soutenir que le niveau de vie auquel chaque époux peut prétendre est celui que permet la moitié des revenus cumulés. En ce sens pourtant, Y.-H. LELEUX, *Droits des personnes et des familles*, 2^e éd., 2010, n° 350, citant F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, n° 737.

fait-elle partie de l'affectation aux charges du mariage ? La réponse semble devoir être négative (116).

26. Cette question du niveau de vie réel ou possible prend un relief particulier lorsque l'on sait qu'un important arrêt de la Cour de cassation a précisé qu'en cas de séparation des époux, donc en cas de procédure de divorce notamment, la pension doit être évaluée, non pas en fonction du train de vie des époux durant la vie commune, mais de manière à permettre à l'époux bénéficiaire de mener le train de vie qui serait le sien s'il n'y avait pas eu de séparation (117). La jurisprudence et la doctrine ajoutent souvent « dans la mesure du possible », puisque beaucoup de séparations entraînent des frais cumulés majorés, notamment par le fait de la double résidence.

27. A nouveau, ce critère est moins clair qu'il n'y paraît : le conjoint a-t-il le droit de conserver le niveau de vie réel qui était celui du couple non séparé, en fonction des choix posés antérieurement ou le niveau possible à l'époque ?

28. Surtout, la Cour de cassation engage le juge du fond à imaginer une situation qui n'a jamais existé et n'existera jamais : celle de l'absence de séparation. Le tribunal devra ainsi mêler dans son évaluation une approche concrète (le niveau de vie antérieur) et abstraite (le niveau de vie hypothétique sans séparation). La preuve dont la charge repose sur le demandeur de pension alimentaire s'en trouve d'ailleurs singulièrement compliquée. Prouver ce qui s'est passé sur une période qui peut être longue n'est pas toujours facile, mais moins encore ce qui se serait passé dans une vie meilleure. Ne dit-on pas qu'il ne faut jamais dire « si » en histoire ? Qu'arrive-t-il si les revenus des époux sont équivalents à ceux qui existaient avant leur séparation, mais que le niveau de vie aurait pu être plus élevé ? Il devrait demeurer le même. Il ne s'agit pas de la même question que celle qui consiste à se demander ce qu'il arrive si le train de vie était modeste pendant la vie commune (il s'agissait par exemple d'un couple d'étudiants), mais qu'il pourrait être plus élevé actuellement parce que les revenus de l'un ou des deux sont plus importants (un des époux ou les deux ne sont plus étudiants et occupent un

(116) En ce sens, voy. N. GALLUS, note sous Mons (2^e ch.), 22 février 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 73. Pour une application récente : Trib. Bruxelles (réf.), 27 décembre 2011, inédit, R.R. 11/1496/C, qui considère que l'épargne bancaire réalisée par les époux du temps de la vie commune n'était pas affectée aux charges du « ménage » (sic).

(117) Cass., 9 septembre 2004, cité.

emploi). Dans ce cas, la pension doit tenir compte du niveau de vie possible, encore n'eût-il jamais existé (118).

29. Un époux pourra se voir contraint de valoriser des possibilités de revenus qu'il n'avait pas mises en œuvre pendant la vie commune, puisqu'il s'agit de ses « ressources » (119).

30. En vertu de la fameuse « hiérarchie des créanciers et débiteurs d'aliments », l'obligation des époux prime celle des autres débiteurs d'aliments, notamment celle des parents ou des enfants (120). Les obligations fondées sur l'article 213 ou 221, alinéa 1^{er}, du Code civil, d'une part, celles qui sont fondées sur l'article 203 du Code civil et contiennent le devoir d'entretien et d'éducation des enfants, d'autre part, sont considérées de rang égal. Cela signifie que lorsqu'un des époux doit des aliments tant à son conjoint qu'à ses enfants, il conviendra de répartir les ressources disponibles en fonction des besoins respectifs de ces divers créanciers d'aliments.

31. On rappellera que la pension alimentaire entre époux peut, dans le cadre de la procédure de divorce après désunion irrémédiable, être accordée sous forme de délégation de sommes (art. 1280, alinéa 6, du Code judiciaire), ce qui ne change rien à la nature devenue purement pécuniaire de l'obligation, mais la renforce au contraire.

F. — LA QUESTION DE LA FAUTE ÉVENTUELLE DU CRÉANCIER DE LA PENSION ALIMENTAIRE ENTRE ÉPOUX

32. L'article 1280 du Code judiciaire, qui prévoit que le président du tribunal ou le juge qui en exerce les fonctions, statuant en référé, connaît, en tout état de cause, notamment des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des parties que des enfants, est une règle de compétence. Elle ne change pas le fondement de la pension entre époux, qui demeure le devoir de secours ou de contribution aux charges du mariage. La novation en pension alimentaire, on l'a dit, se produit lorsque les époux ne cohabitent plus.

(118) Voy. aussi la discussion menée par N. Dandoy à propos des revenus qui auraient augmenté en raison de la séparation, par exemple parce qu'ils sont constitués d'allocations sociales plus élevées pour une personne isolée que pour une personne cohabitante. A juste titre, l'auteur soutient qu'il convient de prendre en compte les revenus postérieurs à la séparation pour (tenter de) maintenir le niveau de vie antérieur à la séparation. Voy. N. DANDOY, note sous Cass., 9 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, pp. 1041 et s.

(119) Cass., 19 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 734 ; *J.T.*, 1989, p. 466.

(120) Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, cité, n° 825 et s.

33. Or, de manière constante, la Cour de cassation a décidé qu'en principe elle ne pouvait exister qu'en faveur de l'époux innocent, c'est-à-dire que ni l'époux séparé volontairement, ni l'époux responsable de la séparation n'y a droit(121). Le raisonnement vaut tant pour l'article 213 du Code civil (122) que pour l'article 221 du même code(123). En cas de séparation de fait, l'époux demandeur d'une pension alimentaire doit donc prouver que la séparation et son maintien sont dus à la faute de l'autre. Sans doute y a-t-il derrière cette jurisprudence un souci d'équité. Voici une épouse qui quitte son riche mari pour vivre avec un amant désargenté et réclame au premier l'exécution du devoir de secours. Est-il équitable de la lui accorder ?

34. En même temps, on sait qu'il suffit, pendant le mariage, d'invoquer le devoir de secours ou de contribution aux charges du mariage à travers l'article 223 du Code civil pour que le juge de paix s'abstienne de prendre en compte une éventuelle responsabilité dans la séparation (124). Bref, pendant le mariage, les solutions légales et jurisprudentielles ne sont guère cohérentes.

35. Jusqu'à la réforme du divorce de 2007, le problème ne se posait pas, juridiquement, en ce qui concerne la pension entre époux demandée dans le cadre des mesures provisoires en divorce, même si la solution laissait rêveurs beaucoup de commentateurs. Il suffisait à un époux volage ou violent, en tout cas fautif, d'introduire une action en divorce pour cause déterminée pour que les responsabilités dans la faillite du couple ne puisse être évoquées. L'octroi d'une pension alimentaire entre époux pendant la procédure était apprécié en principe indépendamment de toute prise en compte des torts éventuels.

36. La Cour de cassation avait toutefois déjà décidé, dans un passé relativement récent, que si une décision de divorce définitif

est rendue, avant la décision du président ou de la cour d'appel, sur la base d'une faute commise par l'époux qui réclame la pension alimentaire, le juge peut tenir compte, lors de l'appréciation de son montant, de la faute déjà établie qui entraîne le divorce et donc aussi la fin du devoir de secours et d'assistance(125). Cette solution concerne toutefois l'hypothèse restrictive dans laquelle une décision sur le fond existe déjà au moment où la mesure provisoire que constitue la pension entre époux, demandée pour le temps de la procédure, n'est pas encore prise.

37. La justification explicite du refus de prise en compte des responsabilités dans la séparation devant le juge des référés n'a pas toujours été claire. Elle était parfois trouvée seulement dans le caractère provisoire de la mesure(126). Celui-ci n'a pas disparu avec la réforme du divorce. Dans un arrêt du 5 décembre 1969, la Cour de cassation avait estimé que l'obligation d'assistance et de secours subsiste pendant la procédure en divorce nonobstant la prétendue faute de la partie demanderesse(127). Mais la justification la plus classique était trouvée dans la crainte qu'en statuant même implicitement sur la faute de l'un ou l'autre époux, le juge des mesures provisoires empiète sur la compétence du juge du fond, saisi le cas échéant d'un divorce pour faute(128). Il ne s'agissait pas techniquement d'un éventuel problème de chose jugée, le juge des référés n'étant pas saisi de la même demande que le juge du fond du divorce et la responsabilité dans la séparation n'étant pas automatiquement une cause de divorce, mais d'un problème d'influence. Ce risque avait notamment disparu si une décision au fond, coulée en force de chose jugée, existait déjà au moment de la détermination des mesures provisoires.

38. Or, la faute a disparu dans la détermination de la cause du divorce. Certains plaideurs ont dès lors soutenu avec un bon sens évident que l'influence ou l'empiètement ne pouvaient plus exister et qu'il y avait donc lieu de revenir au principe selon lequel

(121) Cass., 28 novembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 395 ; *Rev. trm. dr. fam.*, 1987, p. 318, note J.-L. RENCHON ; *Rev. not. belge*, 1987, p. 543, note V. POULEAU ; *J.L.M.B.*, 1987, p. 318, obs. Ch. PANIER ; *J.T.*, 1987, p. 464 ; *J.J.P.*, 1987, p. 133 ; *R.C.J.B.*, 1989, p. 287, note M.-F. LAMPE. Voy. H. DE PAGE, *Traité*, t. II, *Les personnes*, vol. 1, par J.-P. MASSON, n° 635C et la jurisprudence citée ; Y.H. LELEUX, *Droit des personnes et des familles*, cité, n° 367. Plus récemment, Cass., 13 avril 2007, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 57, note A.-Ch. VAN GYSEL ; Cass., 22 décembre 2006, *Rev. trm. dr. fam.*, 2007, p. 452, note N. DANDOU.

(122) Cass., 16 mai 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 573.

(123) Cass., 21 février 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 797.

(124) C'est avec raison que M. Senaev parle d'une « formule magique » et que M. Leleux y voit, après E. Vieujean, un curieux retour à la procédure formulaire (P. SENAËVE, « Het magische getal 223. Over dringende voorlopige maatregelen onderhoudsgeld in het organiseren van de feitelijk scheiding », *Echts. J.*, 1996, p. 82 ; Y.-H. LELEUX, *Droit des personnes et des familles*, cité, n° 367.) Avant l'arrêt du 28 novembre 1986, la jurisprudence de la Cour de cassation n'était pas fixée dans le même sens : voy. Cass., 10 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 190.

(125) Cass., 13 avril 2007, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 57, note A.-Ch. VAN GYSEL.

(126) H. DE PAGE, *Traité*, op. cit., n° 763. Voy. notamment Bruxelles, 8 janvier 1974, *Pas.*, II, 90 : « Overwegende dat de man trouwens over andere rechtsmiddelen beschikt om gebeurlijk schennissen vans de huwelijksplichten van de vrouw te doen bestraffen ; dat de man de ontrouw van de vrouw niet kan inroepen om het haar toegekend steungeld te doen afschaffen ».

(127) Cass., décembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 314.

(128) C'est ce que rappelle l'arrêt de la Cour de cassation du 13 avril 2007, cité. La Cour avait précisé antérieurement que le président siégeant en référé n'est pas compétent pour statuer sur la « validité » de la procédure en divorce dont le tribunal de première instance est saisi (Cass., 14 novembre 1969, *J.T.*, 1970, p. 135). Voy. aussi, entre autres, Bruxelles, 27 juin 1958, *Pas.*, 1959, II, p. 149, qui précise déjà que le président statuant en référé ne peut préjuger la responsabilité de chacun des époux.

seul l'époux innocent a droit à des aliments sous forme strictement pécuniaire. Il n'est pas tout à fait exact de dire qu'il n'existe aucun risque de préjuger, la responsabilité retenue à charge d'un époux dans la séparation et son maintien pouvant éventuellement fonder un divorce demandé par l'autre sur la base de l'article 229, alinéa 1^{er}, du Code civil (129).

39. La doctrine semble divisée. Monsieur Van Gysel plaide énergiquement pour une (re)prise en compte de la faute (130). Monsieur Leleu voit dans celle-ci une exigence d'équité (131), tout en écrivant ailleurs que la prise en considération de la responsabilité de la séparation, dans le régime de la pension fondée directement sur l'article 213 ou 221 du Code civil, constitue « un raisonnement empreint de logique sanctionnatrice (sic) [qui] est intenable à l'heure du divorce sans faute. (132) »

40. Monsieur Renchon défend une solution que fera sienne la Cour d'appel de Bruxelles dans un récent arrêt du 7 novembre 2011 (133). La Cour refuse d'écarter la prise en compte de toute faute, mais refuse un débat centré sur la seule responsabilité dans la fin de la cohabitation :

6.

(...) L'on est en droit de se demander quelle faute peut encore être opposée à l'époux invoquant à son profit, durant l'instance en divorce, l'exécution du devoir de secours, eu égard à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de Cassation (...).

En l'effet, en vertu de la conception qui a présidé à la réforme du droit du divorce, nul ne peut plus être tenu de partager une vie de couple qui ne serait plus fondée sur une entente affective. Il faut en conséquence reconnaître à chaque époux le droit de mettre fin unilatéralement à la cohabitation, s'il estime, le jour venu, ne pas pouvoir ou ne pas vouloir la renouveler.

(129) Monsieur Van Gysel rencontre l'argument en précisant que « 'ce' qui rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune n'est pas nécessairement un fait culpeux » (p. 64). Certes, mais il peut s'agir du même fait que celui qui a provoqué la fin de la cohabitation.

(130) A.-Ch. VAN GYSEL, « Le devoir de secours, le divorce et la faute : une problématique en constante évolution », *Act. dr. fam.*, 2008, pp. 61-66. Voy. aussi, du même, « Provision alimentaire et faute définitivement jugée : une jurisprudence qui se confirme », note sous Mons. (19^e ch.), 15 décembre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 33.

(131) n° 478.

(132) n° 352.

(133) *Rev. trim. dr. fam.*, 1/2012, p. 164.

7.

Il apparaît dès lors en toute hypothèse que la simple rupture de la cohabitation qui ne s'accompagne d'aucun manquement aux autres obligations issues du mariage ne peut plus, contrairement à ce qui était admis par la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 21 avril 2007, être considérée comme une faute ou un manquement susceptible de faire échec à l'exécution du devoir de secours durant l'instance en divorce.

8.

L'on ne peut considérer pour autant que plus aucune faute en rapport avec la rupture de la vie commune ne pourrait être opposée à une demande de provision alimentaire durant l'instance en divorce, demande qui reste fondée sur le devoir de secours issu du mariage.

Sous réserve de ce qui a été observé ci-dessus concernant la portée du devoir de cohabitation, le législateur n'a pas modifié le contenu des (autres) obligations issues du mariage : devoir de fidélité, devoir de secours et d'assistance. Sous peine d'admettre que le seul devoir qui devrait survivre à l'échec de la relation conjugale serait le devoir de secours, l'on ne peut interdire à l'époux défendeur à une demande de provision alimentaire d'invoquer une faute tirée, par exemple, de la relation adultère de son conjoint ayant justifié la rupture de la vie commune.

9.

Cependant, il convient de ne pas perdre de vue non plus que le législateur a entendu évacuer des prétoires les débats sur la faute respective des époux – sous réserve de ce qui sera dit ci-dessous concernant le droit à la pension alimentaire après divorce – et qu'il apparaît difficilement envisageable de faire resurgir pareils débats, souvent longs et complexes, lors de l'instance de référé, au cours de laquelle le juge fixe des mesures provisoires qui sont pressenties urgentes et qui doivent donc pouvoir être prises rapidement.

La pratique judiciaire sous l'empire de l'ancienne loi a par ailleurs démontré combien il est difficile d'appréhender en termes de culpabilité une relation de couple faite d'évolutions et d'interactions infiniment complexes.

Alors que sous l'empire de l'ancienne loi qui admettait le divorce pour faute, les débats sur les torts respectifs des époux n'avaient pas cours lors de l'instance en référé, sauf exception liée à une faute

déjà établie par une décision coulée en force de chose jugée, il serait paradoxal que sous l'empire de la loi nouvelle qui tend précisément à expurger, autant que possible, la procédure en divorce de cette notion de faute, la tenue de débats concernant la faute devienne à nouveau la règle lorsqu'il doit être statué, en référé, sur une demande de provision alimentaire.

Ceci vaut d'autant plus que l'enjeu d'un litige en matière de provision alimentaire sera généralement plus limité qu'il ne l'était sous l'empire de la loi ancienne, dès lors que la procédure de divorce instaurée par la nouvelle loi a été simplifiée et peut être clôturée rapidement.

(...)

11.

Afin de concilier, dans le cadre de la problématique de la provision alimentaire durant l'instance en divorce, les acquis de la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation sur l'exécution du devoir de secours avec les nouvelles orientations découlant de la réforme du droit du divorce, il apparaît, comme le suggère le professeur Renchon (Cf. J.-L. Renchon, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le 'droit au divorce' », *Rev. tr. dr. fam.*, 2007, p. 1033, n° 220) « que la solution tout à la fois la plus adéquate est la plus équitable serait de transposer dans les règles juridiques applicables au devoir de secours entre époux et à l'obligation de contribuer aux charges du mariage les règles juridiques adoptées par le législateur à propos du droit à une pension alimentaire après divorce. Une condamnation pénale pour des faits de violence physique ou une faute grave ayant rendu impossible la vie commune serait a priori tout autant incompatible pendant le mariage qu'après le divorce avec l'obtention d'un droit alimentaire fondé sur des engagements juridiques et humains qui auraient été aussi gravement méconnus. Il n'y aurait là que l'application au droit du mariage du caractère synallagmatique des obligations contractées et d'une de ses conséquences, la traditionnelle 'exception d'inexécution', mais il serait expressément tenu compte, pour opérer cette application, de la solution spécifique que, compte tenu des particularités d'une relation de couple, le législateur a délibérément choisi de consacrer dans l'article 301, paragraphe deux, du Code civil ».

Cette solution apparaît à la fois conforme à l'équité et compatible avec le caractère succinct et urgent des débats tenus dans le cadre de l'instance en référé : seules les fautes graves ayant provoqué la

rupture de la vie commune, que le défendeur à une demande de provision alimentaire aura pu établir à suffisance de droit seront prises en considération, ce qui devrait être l'exception plutôt que la règle.

41. Ainsi, pour concilier à la fois le nouveau droit du divorce, tendu entre le refus de prendre en compte la faute dans le débat sur le fond et l'incidence de celle-ci dans le refus éventuel d'une pension après divorce, le juge des référés statuant sur la pension alimentaire en cours de procédure n'envisagerait que la faute grave ayant entraîné l'impossibilité de poursuivre la vie commune.

42. Cette solution qui ne trouve guère de fondement *de lege lata*, puisqu'il s'agit en somme de réinterpréter des textes anciens à la lumière de dispositions nouvelles réglant une autre matière, peut toutefois être approuvée à l'heure où le législateur a voulu évacuer la faute du contentieux du divorce, encouragé d'ailleurs par la jurisprudence et une doctrine majoritaire à poursuivre son effort en ce sens (134). En même temps, la discussion rappelle que cette évacuation n'est pas si simple. Certains époux, la plupart peut-être, n'ont-ils pas besoin d'un lieu procédural où les griefs qu'ils ont accumulés l'un envers l'autre peuvent s'exprimer dans les formes de cette violence verbalisée et civilisée que constitue un procès ? A défaut, ils trouveront un autre champ de bataille, qui peut être entre autres celui des discussions autour de la situation des enfants – hélas pour ces derniers – ou la liquidation du régime matrimonial.

43. Entre futurs ex-époux, on savait déjà que la faute, sortie par la porte du fond du divorce, revenait par la fenêtre de l'éventuelle pension après divorce (article 301 du Code civil). Voilà qu'elle tente de revenir par la cheminée de la cuisine où se préparent les aliments, en réinvestissant le droit au secours pendant la procédure de divorce.

(134) Voy. par exemple D. CARRÉ, « Où l'on s'étonne encore de la disparition de la faute dans le droit du divorce », note sous Bruxelles (3^e ch.), 6 mai 2010, *Act. dr. fam.*, 2010, pp. 182-184.